



Title	立憲政体・人権・違憲審査：金森徳次郎『帝国憲法要綱』摘記
Author(s)	高見, 勝利
Citation	北大法学論集, 68(3), 188[1]-164[25]
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/67207
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol68no3_02.pdf



[Instructions for use](#)

立憲政体・人権・違憲審査

—— 金森徳次郎『帝国憲法要綱』摘記 ——

高 見 勝 利

今回から連載予定の一連の論稿は、研究課題「日中両国における西欧立憲主義の継受主体にみる受容の態様」(課題番号26285010)のもと、2014年から2016年まで科学研究費助成事業(基盤研究(b))として実施した日中共同研究の成果の報告である。本研究は、2010年から2012年に実施された日中共同研究「アジアにおける西欧立憲主義の継受と変容」(基盤研究(b)。その成果は高橋和之編『日中における西欧立憲主義の継受と変容』〔岩波書店、2014年〕として公表)を継承した事業である。今回の特徴は、研究課題のタイトルに示したように、「立憲主義の継受主体」に着目しながら、その「受容の態様」を解明してみようとする点にある。上智大学法学部(2014年)、大連海事法学院(15年)、北海道大学法学部(16年公法研究会と共催)において実施した3回の日中共同研究会における各報告の纏めである。

*

*

*

1) 本稿の課題

本稿で取り上げる金森の略歴・業績については、かつて『金森徳次郎著作集』(以下「著作集」と略記、慈学社、2013～2014年)3巻本を編集するにあたって、各巻の解説で紹介しておいたので、ここで改めて触れることはしない。ただ、上記・著作集に収録し金森の憲法論稿はすべて敗戦後に執筆し、公表したものであり、筆者が解説で行った論評も戦後

にものされた作品に限定される。また、戦後に限ってみても、金森の真骨頂は、なんとと言っても第90回帝国議会の答弁において示された憲法論にあるが、そこでの金森答弁の分析は、解説で触れる余裕はなかった。

そこで、改めて当時の議事録を練ってみると、「憲法議會」とも称されるかの議會は、金森のいわば独壇場であった。そのことは、次の一文からも明らかである。

「憲法議會は、ほとんど金森國務大臣のひとり舞台であり、四方八方からの鋭い質問に対し“水は流れても川は流れない”というような警句をまじえながら、打てばひびくようにさばいてゆかれ、その答弁回数は千何百回、一回の答弁時間、最高1時間半というレコードを作られた。……このようにして成立した新憲法は、まさに“金森憲法”と呼んでいいほど、金森さんの体系と論理によつて見事に肉づけされ誕生したのであった」(『憲法遺言』入江俊郎他「あとがき」著作集 I 156頁)。

この金森の憲法論は、上記議會の膨大な議事録にとどめられている。そして、その議事録を座右に置き、戦前、金森が著した『帝國憲法要綱』(以下「要綱」と略記、巖松堂、1934年〔第20版〕)を読みながら作成したのがこのメモである。メモで拾い上げたのは、議會答弁の基礎となっていると思われる金森の憲法観である。そもそも、新憲法の拠って立つ近代立憲主義やデモクラシーについて、戦前からすでにそれらを十分身に付け、自家薬籠中のものとしていない限り、議事録から伝わってくるような「憲法の精神」に立脚した的確な答弁はあり得ないはずである。その思いから、議會答弁のペースとなっていると思われる要綱の記述を摘記してみたのが本稿である。

なお、今回の日中共同研究のテーマとの関連で、要綱から摘記しながら感じたことを最初に記して置きたい。それは、日本の場合、立憲主義の継受に際して、最終的にドイツ(とくにプロイセン)型の憲法を意図的に選択し、同時にそれとセットで導入したドイツの憲法理論に依りながら明治憲法の解釈・運用に努めてきた。そうしたなかで、金森が戦前から身につけていた憲法論は、明治憲法のもので支配的であったドイツ流のそれとは少なからずその色彩を異にするものがあつた。

金森は、1912年7月、東京帝国大学法科大学英法を首席で卒業している(独法の首席は末弘巖太郎、政治は津島寿一〔『東京大学百年史 部局

史1』(1986年)142頁]。なお、高柳賢三も同期生。谷崎潤一郎は一高で同クラス)。東京帝大は前身の東京大学、さらにその前身の東京開成学校創設時から英法教育の伝統を有するが、その中核を担ってきたのが、ヘンリー・テリー(1847～1936)である。金森の卒業した1912年の同月、1877年東京開成学校法学科開設以来(1884年一度辞任・帰国、94年横浜で弁護士事務所開業・再雇用)長期に渡って英米法を講じてきたテリーも大学を退いている。したがって、金森はテリーのほぼ最後の受講生ということになる。

金森は、1914年、テリーの《*The First Principles of Law*》[9th ed., Maruzen, 1909]の邦訳『法学原論 完』[法文館翻訳部述、法文館発行]に「序」を寄せ、次のように述べている。「此書の原本を余が読んだのは今より約7年前第一高等学校に居た時の事であった。有体に言えば当時懇篤なる教師の指導を受けたにも拘わらず、予には此書が苦しかった。即第一には当時未だ日本の法律に就いて何の知識も無いのに突然此書を講説せられたので此書が世界並びに日本の法律に何の交渉あるのか解らなかつた、他との調和の解らず学問が十分向学心を刺激することも無く又十分の理解を供することも無いは必然の結果であった」(1頁。片仮名表記を平仮名表記に改めた。条文等以外は以下同じ)。

こう述べたうえで、ローマ法系・大陸法系・ドイツ法系が優勢の法科教育のなかで、日本の法律を解する上で実益が乏しいとされる英法系を選択し、英(米)法を学ぶことの意義につき、「学問の材料は広きを要する、況んや世界の法制上貴重なる英法を棄て置くことは出来ない」(4頁)とし、さらに言葉を継いで、曰く。

「法律解釈の技能を養成するには英法の研究は極めて必要である、英法の骨子たる部分は今でも不文法である、其成文法律たるものも久しき間に発達した不文法を近來法典と為したるに過ぎない、抑も成文法は偶然の分子が多い、即或る争点を甲乙何れに解すべきかに就き、理論上の争点ある場合に成文法を制定して勝手に一方に定むることが出来る、之極めて便利であり又複雑なる議論を儉約することが同時に学問の発展を妨げ最も合理的なる推論発展の道程を止めてしまうものである、不文法の英法は幸か不幸か今迄極めて自由な発達を遂げて来た、此の発展の経路は即法律学者が研究利用すべき屈竟の点である」(4～5頁)。

すなわち、徹底した合理的推論という解釈技能の磨くうえで、「偶然の分子」が多い「成文法の文字……の背後に存する真の法規を発見せむとする」（金森徳次郎『法学通論 完』〔以下、「通論」、日本大学、1922年〕89頁）大陸法系の解釈技法よりも、英法系のそれの方が優れているとするものである。そして、金森は、わが国のような成文法国の場合であっても、「成文法の文字其のものが法」ではなく、「法は社会生活の規則其のもの」であって、「法の文字は単に此の無形の規則を指示し発見せしむる為の具に過ぎ〔ぬ〕」ものであるから、「文字よりして真の規則に到達する為には多少の推論を要す」（通論89頁）とし、そうした推論の技法を身に付けるためにも、英法は「研究利用すべき屈竟の点である」としているのである。

1946年の帝国議会の憲法審議における金森答弁が理路整然として一糸の乱れもないのは、一高・帝大時代に広い視野から法学を学び、「英法を棄て置くことは出来ない」との理解に達していたことによるものであろう。

東京帝大法科英法を首席卒業し大蔵省に入った翌1913年、金森は、大学で教えを受けた岡野敬次郎（商法）、土方寧（英法・民法）から勧誘があり、「或る私立大学で1週2時間の講義」を担当することになる。「或る私立大学」とあるのは、岡野・土方の双方が関与し、教えていた中央大学（前者は学長、後者は前身・英吉利法律学校の創立者の1人）であろう。年度半ばからの講義であり、しかも担当は英法、さらにテキストとして指定されていたのは「売買法」（英文の条文）であったというのであるから、土方の都合で急遽、誘われたのであろう。

「今だから白状するが私は始めて売買法の本文を読んだのである。しかも法文そのものが教科書なので、之を解説し敷衍して説明することは容易でない。4年間大学で習った英法の知識もこの場合でんで役に立たぬのだ。英国で出来た注釈書があるだろうと学校の図書館などで探すと三色ばかり役に立つのがあった。役に立つとは言うものの英法書のこととて判例を分析したものぐらいで心細いことおびたしい。何べんくりかえしても何しろ簡単な注釈書でしかも理論的な解説を一つも含んでいないので全く閉口した。講義の前晩は2時になっても3時になっても定見が定まらない、自分のもたぬものを人に講義して聞かせるわけには行

かぬので、時々病欠欠席した。『最悪の教師も最良の学生よりも勉強する』と言う格言めいたものを口ずさみながら講義案を作る悲しさ情けなさ。それでも随分手控えが出来た。学校の趣旨は英文を和訳して聞かせる位に重点があったんだろうが、若い先生は自分から苦しんでむつかしくしてしまったのだ。それでも一年たった。ホッと胸をなでおろした。変な講義をして其の時の学生諸君には申しわけないと思った」(著作集Ⅲ359頁)。

そうこうするうちに、他の大学から憲法の講義依頼が舞い込み、そして元の大学からは法学通論を担当しろと言われ、英法から足を洗い、憲法と法学通論を担当するようになる(中央大学の他、日本大学・明治大学・早稲田大学で憲法・法学通論を講じていたことにつき、霜村光寿『金森徳次郎の憲法思想の史的研究』〔同成社、2014年〕26頁以下参照)。それらの講義案を纏めたのが上記・要綱であり、通論である。

ここでは、これら二つのテキストから、1946年の金森答弁のいわば基底にある憲法理解について、①立憲政体、②人民の権利・自由の確保、③裁判所の法令審査という3つのテーマを手がかりに、以下、その特徴を摘記しておくことにする。

2) 立憲政体について

(1) 国家・政体・立憲政体

(i) 国家・統治権・統治権総覧者

金森によれば、国家とは、「一定の領土を基礎として統治権に依りて結合せられたる人類の本来の団体」(要綱5頁、以下特段の指示がない限り、要綱の頁数)である。その中核をなす統治権とは、「〔国家という〕団体の意思にして最高独立なる特色を有するもの」(6頁)である。では、この団体意思は、どうやって形成されるか。「団体を構成する各個人の自然意思は合して団体意思となれるなり」(11頁)。すなわち、国家統治権が成立し発動するにあたっては、自然人の自然意思を基礎とし、それらの意思が合成して国家という団体の意思となる。そして、その国家意思については、「最高最終的に国家意思を決定し根本的に国家意思を発動せしむる自然意思の存在」することが要請される。通俗的に云えばこ

の自然（人の）意思が「国家意思」であり、厳密に云えば、その意思が「国家意思合成の枢軸」であり、他の自然（人の）意思はこれに「包含統一」される。この自然意思の主体を「統治権ノ総覧者」と云う。それが、通常、主権者と呼ばれるものである（11～12頁）。いかなる国家も統治権の主体であることに於いては同一である。ただ、その総覧者がいかなる自然人であるかの問題は、「国情」に依って異なる。「総覧者の所在の異同に依りて生ずる国家の体様の異同を指して国体の別と云う」。すなわち、統治権の総覧者が一人か、「国人の一部」か、それとも「国人一般」かによって、国体は、「君主国体」「貴族国体」「民主国体」の三種に別たれるが、後二者の分類は「程度の差」に留まる（12頁）。

留意すべきは、「国家」と「統治権の総覧者」との関係である。そもそも両者は「一体に合一するもの」であり、「国家」あれば「統治権の総覧者」あり、「総覧者」がなければ「国家」もない。要するに、「統治権の総覧者」が統治権を総覧するのは、「国家」が統治権を有するからである。二者は「同一事実」について「観察方面」が異なるだけである。後者は、国家意思をその外部から観察した場合であり、前者は、これを内部において観察し、その構成の要点を観た場合である。例えて云うならば「吾人の手が人を打つと云うも吾人が人を打つと云うも実は同一事実につき観察方法を異にするに過ぎざると同様なり」（13頁。この記述が機関説として批判され、法制局長官の辞任にまで追い込まれた一端をなすことについて、著作集Ⅰの筆者解説327頁以下参照）

上記・統治権が行動するにあたっては、その性質上「最高独立」であることからして、なんら人為的拘束を受けることはありえず、その欲するところに従って行動することができる。しかしながら、その場合でも、国家存立の目的に適合すべく適当な方法をとらなければ当該行動は実効性を獲得しえない。そこで、統治権行動の形式の問題が生ずる。政体とはこの「統治権行動の形式の態様」を指す。従って、「国体」と「政体」とは「別箇の観念」である。前者は「国家固有の態様」であり、後者は「便宜に依って変動するもの」（14頁）である。

政体は、「時勢の必要に依りて変遷する」ので、一定の種類に限定できないが、そうしたなかで重要な区別は「立憲政体」と「専制政体」の二種である。前者の特色は、いわゆる「三権分立及人民公権保障の主義」

に基づいて統治権が行動する点にある。後者の特色は、通常、そうした主義に依らないで統治権が行動する点にある。

(ii) 国体、政体の区別

国体と政体との区別を否認する者がある。その理由は、両者とも「国権」すなわち、「国家の意思」を表明する機関の組織の異同に依る区別に過ぎないということにある。確かに、その指摘は当たっている。しかしながら、よく考えてみると、その着眼する機関の性質が国体の場合と政体の場合とでは異なるので、この二者を区別することには合理性がある。すなわち、統治権の総覧者が何人たるかの問題に対する解答は、国家あれば必ず特定して恒久に変わることはなく、もしそれ変わるならば、一国家はその本質を失い、国家は滅亡する。他方、国家統治権の行動に参与する各種機関の設定変更は時宜に依ってなされうるものであり、不変なものではない。このように二者は機関の性質を著しく異にする点で、これらを区別する実益がある。もし二者の区別を明瞭に意識しないときは、政体の変更が可能だとして国体の変更も可能だと誤想する虞がある(15～16頁)。

(iii) 立憲政体の本質

上述の如く、政体とは統治権行動の形式の態様であり、その政体は権力分立と人権保障により特徴づけられる立憲政体と、かかる特徴を欠く専制政体の二種に区分される。金森は、立憲政体の「本質」について、個人と団体のあり方から説き起こす。

そもそも、人類は「個人」として存在すると同時に「団体」としての存在する。それゆえ、単に「個人本位の生存」を以て「人類究極の本義」と考えること、また、「団体本位の生存」を「人類究極の本義」と考えることの何れも誤りであって、人類は「団体及び個人の調和的生存」を以て究極の本義となすものと考えるのが相当である。すなわち、人類の「本来的団体」(上述(i))たる国家と個人とはその根本において「不可離のもの」であり、「一の所在の一面が国家、他の一面が個人を成し」、しかも「二者独立の存在を有する方面あるもの」と理解すべきである。

もっともこれを直接に論証することは難しいが、しかしながら、それは「先哲の言」、「人類の歴史的奮闘の跡」を検証することで、そうした理解を得ることができる。とはいえ、上記・二者の調和を図ることは、

先哲の「一片の理論を以て決し得べき」ものではなく、「人類の不断の努力の賜物」である。とりわけ、「国家の権力」と「個人の自由」とを制度上どのように調和させるべきかは、18世紀この方、ヨーロッパで人々が「血を以て解決」しようと試みた問題である。彼らは、これを「二方面」より解決しようとした。まず一方面において、「国家諸機関を相互に抑制して各自をして専横を為し得ざらしむる」よう努めた。そこから、いわゆる権力分立論が生じた。また、他の一面において、「人民の自然の権利を考え国家と雖も此の自然の権利を侵すべきに非ず」との理論を構成し、その実現に努めた。そこから、いわゆる「人民公権の保障」が発達した。1789年のフランス人権宣言は第16条において「権利の保障確立せられず又権力の分立定められざる国は憲法を有すると云い難し」と明記する。要するに、人権保障と権力分立を明定する憲法を有する国家の政治形式が「立憲政体」である（14～15頁）。

したがって、立憲政体とは、必ずしも「憲法に依り行う政体」（当時の通説）という意味ではない。それは、「人民に或る範囲の自由の保障あり統治権の発動に或る範囲の権力の分立あり立法に関して民選議院を有する近世英国の政体及び範を之に取れる諸国の政体を一般に指称するもの」である。かくして、金森は、「立憲政体とは統治権の行動に当たり或る範囲の権力分立の主義を認め従って其の中立法の為には特に民選の議員を包含する議院を参与せしめ而して人民の公権を確保する制を有することを特色とする政体なり」と説く（21～22頁）。

（2）権力の分立

（i）三権分立論の沿革

権力分立論について、金森は、まずその沿革から説き起こす。17、18世紀のヨーロッパ諸国においては、君主または貴族が専制政治を行い、土地人民を自らの私有財産の如くに考えるものが多かった。これに対して、人民は「個人の自覚に目覚め自由の伸張」をはかろうとした。それを特徴づけたのが、当時の「個人主義思考」、「自然法思想」である。モンテスキューの権力分立論は、そうした当時の「君主国の形態は之を存続しつつ政治組織の改善に依りて自由の保障を取得せん」（22頁）とする構想であった。

そもそも、ある種の基準に基づいて統治権の作用を数種に分類するの思想は、アリストテレスの「政治学」に認められる。そこでは、「国家の重要な機関」である公会、官庁及び裁判所の作用に着目して国家統治権の作用に三種類あることが論ぜられている。とはいえ、「統治権の作用を分ちて各作用に相異なる自然人を参与せしむる」とすることを明瞭に論じたのは、ジョン・ロックの「国政論」である。そこでは、立法権、執行権、外交権（宣戦講和、条約締結の権）及び君主特権の4権を区分する。それらのうち、執行権と外交権と君主特権とは同一機関の手に集中すべきだとしても、立法権と執行権とは別の機関に帰属させる必要があるとする。その理由は、(a) 立法にはさほど多くの日数を必要としないので、立法府は常設の機関である必要がなく、(b) これら二権が同一人（機関）の掌中に帰するときは、「法に従わず又は法を自己の私益に供するの虞ありて為に国家及び政府の目的に反し公益を害すべし」と云う点にある。他方で、彼は司法権を独立した権力とは理解せず、これを「立法権の付属」とした。また、彼の理論は、「立法権と執行権との絶対的独立」を説くものではなく、「君主は一方に於いて執行権を行うと共に他面に於いて立法権に付いては議会との共同作用を必要とすること」を説いたものである。要するに彼の説いたところは「独創的に案出したる抽象的理論」ではなく、「当時の英国の議院政治の実際」を反映したものである。

権力分立説を「大成」したのは、名著「法律精神論」を著したモンテスキューである。彼は、そのなかで、イギリスの制度を取り上げ、その実情に拠りながら次のように説く。「政治的自由は権力の濫用ある所に存することを得ず、而して権力の濫用なからしむる為には権力を以て権力を制しむることを要す……各国家に於いては三種の権力あり、立法権、国際法に属する事項を執行する権、国内法に属する事項を執行する権是なり、第一の権力に依り君主又は政府は一時的若しくは恒久的の法を制定し又は既定の法を改廃す、第二の権力に依り彼は戦を宣し和を講じ使節を接受し安寧を保持し外寇を防禦す、第三の権力により彼は犯罪を罰し人民相互の争訟を裁判す、第三の権力を司法権、第二の権力を単に国家執行権と称せん、国民間に於ける政治的自由とは各人が其の安全を意識するよりして生ずる精神の平安を謂う、依って吾人が此の自由を有し

得むが為には各人が相互に他を恐ることなき様なる政治を行はざるべからず、今若し同一の君主又は同一の政府の手中に立法権及び執行権が併せ属せば自由は存在することを得ず、何となれば国民は同一の君主又は同一の議政官が暴政を為さむが為に暴法を制定することあらむを虞るればなり、司法権が立法権及び執行権より分離せざるとき亦同じ、若し司法権が立法権と合すとせむか司法官が立法者たるが故に国民の生命と自由とに対する権力は専横となるべし、若し夫れ其の権力が執行権に合むか司法官は压制者の力を有し得るに至るべし、又若し同一の人又は官吏貴族若しくは庶民の同一団にして此の三権即ち法を制定するの権、公の決定を執行するの権及び犯罪若しくは人民間の争訟を裁判するの権を併せ行わむか一切の自由は消滅すべし」と。

このように、モンテスキューは三権の分立を説き、そして、各権を行使すべき人（機関）について、立法権は民選議院と貴族院からなる議会、執行権は「機務を快速に行はざるべからざるが故に多数に委すべからざるを以て之を君主の手に属せしむるべし」とし、さらに、人民の恐れる司法権は「常設の裁判官に委ねずして一定の時期を限りて任期とし且つ法律の定むる要件に応じて人民中より選出せられたる裁判官に委すべきもの」とした（16～18頁）。

（ii）権力分立説の批評

モンテスキューの上記・三権分立論には、爾来、数多くの非難が浴びせかけられている。すなわち、第1に、権力の分類を不完全だと非難するものがある。モンテスキューの「執行権」はロックの云う外交権であり、今日云うところの行政権ではない。今日意味するところの行政権の大部分は彼の三権中に所在がない。第2の非難は、彼の主張するような権力の分立は、彼が範としたイギリスには存在しないとするものである。けだしイギリスにおいては、国会は立法権の主要勢力であるのみならず、執行権の最高官庁（内閣）もまた、国会の下院多数党により構成され、さらに、その上院は同時に最高裁判所でもあるからだ。第3のそれは、複雑な統治権の作用を三権に截然と分かち、三機関になんら遺漏なく分配することは実際不可能だとするものである。第4のそれは、三機関が全く独立の意思よりなるものとする、各作用が相互に他と調和し統一しえなくなり、その結果、国家は統一した一個の意思主体でなくなると

するものである。

金森によれば、上記の非難は、すべて至当である。しかし、そのために、モンテスキューの偉業が失われることはない。彼の説は当時のイギリスの憲法制度の誤解を前提としたものが少なくない。しかしながら、「其の着眼点は貴重なる暗示を含み、其の主張は千古の卓見」である。要するに、「彼の知識は誤れり、然れども彼の思想は正し」と理解すべきである（19頁）。

（iii）権力分立論の真意とその影響

金森によれば、モンテスキューは三権の分立を説くが、それらが「互いに統一すべき関係あること」に言及せず、その他の点についても、「不完全不明瞭なる点が多い」。とはいえ、その権力分立論の真意は、次の金森の言葉に尽くされている。

「国家統治権は唯一不可分のものにして又最高独立のものなり、而して之が根本発現者たる統治権の総覧者は当然の性質上最高独立のものにして其の統治権総覧の形式を如何にすべきかは本来其の定むる所なり、然れども統治権の発動は其の目的たる国家の存在発達に最適當なる方法に於いてせずんば政策上不可なり、而して国家の存立発達に最適當なる統治権行動の方法は統治権の作用中主要なる立法、司法、行政の作用に付いては各作用の発動に付き比較的互いに独立せる自然人の意思を参与せしめ、依って以て国政の妥当公正を期し国政上の諸般の弊害の発生を防止することを適当とす、故に其の方法として或る種の法の制定には民選の議員を包含する議会を参与せしめ、民事刑事の裁判には一般行政に参与する者より比較的に独立せる裁判官を参与せしめ、而して行政は大体に於いて議会及び裁判官と独立せる者をして之に参与せしむべし」と。

要するに、権力分立とは統治権それ自体を分割するものでもなければ、統治権の作用を明瞭に三種のみに区分しようというものでもなく、また、三権の発動について相互に全く無関係に自然人を参加させるというものでもないとするならば、三権分立は国家の本質上必然だとするものでもない（20頁）。

モンテスキューの三権分立論は政治的自由を「渴望」する当時の欧米諸国民を動かし、北アメリカ諸州の憲法と合衆国憲法の制定に際しこの理論を採用し、次いで、ヨーロッパ大陸諸国の憲法も、これを採用して、

それ以外の地域の諸国憲法も、その影響を受けている。

(iv) 立憲政体の態様

立憲政体は上記・権力分立論に拠るものであるが、権力分立は大原則を指示するに過ぎず、現実には各国憲法においてその「歴史」や「国情」に依って様々な形態を示している。その際、留意すべきは「司法権の分立」であり、これは裁判所（官）という司法権を行使する機関の独立として立憲政体を有する諸国で共通し、多様な形態をとるものではない。そのことは、イギリスのように最高裁判所が貴族院にある場合でも、司法権と立法権との「紛更」が存在しないことから明らかである。

立憲政体を有する諸国の間でその形態に顕著な差異が認められるのは、立法権と行政権、すなわち議会と政府との関係についてである。この点を基準として立憲政体の態様を抽出するならば、現今、次の三種の態様が認められる。

①分権政治 合衆国憲法においては、三権分立の原則を厳格に保持し、ことに政府と議会とは完全に分離して官吏と議員との兼職は許されず、大臣は議院に出席して発言することができず、議院は大臣を問責してその進退を決することができず、立法権は議会に専属し、大統領は拒否権を保持するものの、立法に関与することはできず、法案の議会提出権すら有しない。そこでは、厳格な権力分立原則のもと、大統領と議会との分権政治が行われている。

②議院政治 イギリスにおいては、政府と議院との間で一応の区分はあるが、権力は一方に傾斜し、議院が権力の中心となっている。君主の大権は議院に席を置く大臣の責任においてこれを行い、議院がその責任を問う。そこでは、権力分立原則は形だけのものであって、議院政治が行われており、大臣は実質において議院の任命する執行官である。

③大権政治 わが国の憲法においては、君主の権が政治の中心をなし、政府の大臣は名実共に君主に対してその責に任じ、その進退は憲法上君主の自由な親裁に委ねられている。また、立法作用の本体は君主の裁可にあり、議会はその作用に協賛するにとどまる。他方、憲法上、君主は広汎な事項を大権として自由に明定し、さらに緊急時において自由に応急手段の投ずる権能を有することからして、大権が政治の中心であることは明白である。したがって、議会は憲法上限定された権限を有するに

過ぎない。ただ、政治の実際においては、議会の信任を得ない大臣がその職にあることをえないことからして、上記・議院政治に似たところもある。

立憲政体は上記のごとく、国によって実際には様々な態様がある。したがって、立憲政体の憲法の原則もまた、国によって大いに異なるところがあるものと理解すべきである。それゆえ、みだりに他国の憲法、ことに「或る種の人が為すが如く英国の憲法の如きを援き来たりて我が憲法を直ちに説明することが甚だ不当なる結果を生ずることをあるべきを想像するに難からざるなり」(23～24頁)。

3) 人民の権利・自由の確保

(1) 国家統治権と臣民の関係

次に、立憲政体を組成するもう一つの支柱である、「人民の公権の確保」について、金森の理解するところを摘示しておこう。

そもそも、国家は「特定ノ自然人」によって組織される。国家の「構成要素」たる自然人には、統治権の総覧者(天皇)と皇族およびその他の者がある。後二者は統治権の総覧者と区別して理論上「臣民」とされる。しかし、わが憲法典にいう「臣民」には皇族は含まれず、一般人民のみが「臣民」とされる(122頁)。

臣民の性質は、一体としては「本来の団体」たる国家を構成し、各独立しては国家統治権に完全に服従する点にある。これは、臣民がこの二者に分岐するということではなく、同一人が国家に対する関係においてこの二方面を有するということである。すなわち、臣民はある面では「国家に合一」し、またある面では「国家と対立」する。そして、完全に服従するとは、「特定の時に限り又は特定の所に限ると云うが如き条件なく無制限に従ふこと」である。この点で外国人とは異なる。外国人の場合、領土内に滞在中はその地の領土高権に服するが、しかし、一旦領土を離れれば服従関係を脱する。これに対して、臣民は、いかなる場所にあっても統治権を離脱することはない。

臣民が本質上国家の統治権に服従する関係は上記のように無制限であるというのは、少しも奇異なことではない。各個人は本来国家団体を構

成し一体をなすものであって、先天的に個人独立の存在をなすものではないからである（122～123頁）。

（2）服従と自由

金森によれば、臣民が国家に服従するのは、上記の如く自ら組成する国家団体と一体をなすという臣民「本来の性質」に基づくものであって、国家の保護を得るために自ら任意に服従するのでもなければ、国家の威を恐れその害悪を避けるために服従するものでもない。また、特殊な理由で国家に服従することもあり得るが、それは本質ではなく一時の現象に過ぎない。ルソーは「人は自由に生まれたり」と語り、その天賦自由の思想は近代の立憲運動の発端となった。しかしながら、そもそも国家がなければ自由もなく、そこにあるのは「強食弱肉」のみであり、「雑然たる人群」あるのみである。すなわち、「服従ありて国家あり」であって、「自由の確保」は「天賦の服従」の結果である（123～124頁）。

（3）臣民の公権

（i）人の法律上の状態

金森によれば、人の状態には「自然状態」以外に「法律上の状態」がある。なぜなら、人の行為を規律する法規を以てその法規に基づいて種々の状態が発生するからである。そうした法律上の状態には種々のものがありうるが、大別すれば、ある行為を「為すことを正当とする状態」と、ある行為を「為し又は為さざることを不当なりとする状態」とがある。この二者が「権利義務」と称されるものである（通論101～102頁）。

（ii）権利

権利とは、ある行為を為すことを正当とする人の法律上の状態である。これを詳述すれば、以下のようになる。

まず、権利は「法律上の状態」であり、したがって、「法」ないし「法律」がなければ「権利」もない。この点において、「権力」と区別される。もとより権力行為と権利行為とが実際に合一することもあるが、前者は法律の存在を前提にしない観念であり、後者は法律に基づいて存在する観念である。

次に、ある行為を為すことを正当とするのは、法律がその行為を為す

ことを是認するからである。したがって、行為に関係しないものは権利ではない。たとえば権利能力は権利ではない。それは、ただ権利義務が付着し得る状態に過ぎず、なんら行為に関するものではないからである。また、法律がある行為をなすことを必要とする場合、すなわち義務は権利ではない（通論102～103頁）。

（iii）公権

①公権と私権 権利は「公権」と「私権」とに区別される。区別の指標は、ある権利が公法に依って正当化される法律上の状態であるか、それとも私法によって正当化された人の法律上の状態であるかの点にある。そして、公法私法の区別は本来支配関係を規定したものが否かによって定まる。したがって、公権は支配関係において存在する権利であり、私権は対等関係において存在する権利である。例えば、私人相互における債権や私人間の対等関係を基礎とする物権などは私権である。他方、支配関係における国家の租税徴収権、刑罰権、臣民の有する訴権、訴願権などは公権である。また、国家と臣民との間における物品払い下げや請負等に関する権利は対等関係におけるものであるがゆえに私権である（通論105頁）。

②臣民の公権の存在 臣民が国家に対して上記・公権を保持しうるとは明らかである。なぜなら、国権（国家の意思）はその本質上絶対最高のものだとしても、その絶対最高の意思に基づいて法律を制定し、臣民の国家に対する権利を設定し、国家もまた、その拘束を受けることが法的に可能だからである。むしろ、臣民の公権を定めその行動可能の範囲を確立することは、「国家発達の要諦」である。それゆえ、立憲政体の国においては、臣民の公権が尊重される。すなわち、臣民の公権の保障は立憲制の支柱の一つとされるのである。もとより、臣民の公権の全部を憲法に規定する必要はないとしても、その主要なものは憲法に規定してその変更を難しくすることは「策の得たるもの」である。わが憲法もこの趣旨により、第2章においてその主要なものを規定している（131～132頁）。

③臣民の公権の分類 臣民が国家に対して有する公権には、自由権、行為請求権そして参政権の三種がある。自由権の内容は、消極的に国権の干渉を排斥することにある。行為請求権は、積極的に国家のある動作

を要求することにある。そして、参政権は、国家のある動作に参加することにある。ここで「参与」とは、その動作の基礎をなす国家意思の決定に自己の個人意思を参加させることを云う。そもそも臣民各人の意思は「根本に於いて国家意思の成立に参加する」ものであるが、ここに云う「参与」は、「此の性質に基づき多少顕著なる形に於ける参与を指す」(132頁)。

(4) 自由権

(i) 自由権を認める一般的理由

臣民の自由権の主要なものは、特に憲法(わが憲法の場合は第2章)に規定することでそれらを保障している。近代憲法において自由権の主要なものが列記されたのは、18世紀の天賦人権論に起因する。沿革的に言えば自由権を明定することが欧米憲法の主要な目的であった。たとえば1789年のフランス憲法制定会議の発した「人権及び国民権宣言」には、「人は出生及び生存に於いて自由及び平等を有す」「凡ての政治的結合の目的は人の天賦且つ不可譲の権利を保持するに在り」と云った文言が含まれている。また、これより先に北米合衆国独立以前において各州で制定された権利章典でも同様の事項が規定されていた。たとえば、1776年のヴァージニア権利章典においては「凡ての人は自然に於いて平等、自由且つ独立にして或る先天の権利を有す、此等の権利は其の社会状態に入るに当たり如何なる拘束を以てするも其の子孫により奪い又剥ぐことを得ず、其の権利とは即ち生命及び自由を享受し財産を取得及び所有し並びに幸福及び安全を求得すべき手段を有することは是なり」と明記されていた。

もとより天賦人権の思想は必ずしも18世紀の産物ではなく、古くから存在するところであり、すでに古代ギリシャの学説にこれを認めることができ、また、中世の自然法学者によって展開させられ、16世紀及び17世紀のイギリス憲政において顕著な発展をみたものである。しかしながら、その思想が著しく勢力を得たのは、ルソーの「民約説」に代表されるように、18世紀になってからである。こうしてかの思想は大きな影響力を行使し、19世紀に制定された諸国の憲法は人民の自由を保障する。わが憲法典の内容上の模範とされる1831年のベルギー憲法、1850年の旧

プロイセン憲法もまた、人民（臣民）の自由の保障している。そして、わが憲法典もまた同様の規定を有する（133～134頁）。

しかしながら、これら自由保障の規定について、天賦人權説の沿革からしてわが国の憲法の趣旨もまた18世紀の思想である「天賦の自由」を宣言したものだとして解してはならない。すなわち、それは「絶対独存の個人」の「絶対の自由」ではない。そもそも「個人は宇宙と調和し世界とも調和し国家と調和し其の他百般の拘束を受けて之と調和して存在す」。今日の思想の発達は、国家という団体本来の存在を深く意識させる。すなわち、「今に於いては国家を最高の存在と思考す」。かくして国家が最高の存在であるならば、個人の自由は絶対的ではなく、その自由は国家と調和するところに存在する。その際、個人の自由を「或る限度に於いて」認めることが国家を発達させる所以である。なぜなら「個人の存在発達を離れて国家を発達せしむるに由なく、個人の存在発達の為には即ち其の自由の保障を要すべければなり」。したがって、個人の自由尊重は「絶対の論」ではなくて「相対の論」である。わが憲法の規定もこの趣旨で理解すべきである（135頁）。

（ii）自由権の内容

わが憲法において明定する自由権は、居住移転の自由、身体の自由、住居不可侵の自由、信書の秘密不可侵の自由、所有権不可侵の自由、信教の自由、言論著作印行集会結社の自由である。

自由権の内容に関して注意すべきは、次の諸点である。(a) これらの自由権は私人相互の間において「互に相侵すべきことなきを定むる所謂私人的自由権」ではなく、「公権力が国民の自由を侵すことなき意味に於いての所謂国民的自由権」である。(b) わが憲法典で規定されている自由権は、例示的ではなく、制限的である。すなわち、わが憲法は自由権を広汎に認めるものではなく、特定の自由権に限定して認めるものである。この理解にはもとより異説もあるが、「権力分立の趣旨より按じ且大権政治の趣旨より按じて淡泊に斯く解す」。(c) 自由権の効力は多くの場合において法律に対抗することを得ず、ただ行政権に対抗し得るものである。すなわち、法律によって自由権の範囲を伸縮させることが可能である。したがって、アメリカ合衆国憲法の規定する自由権のように、法律に対抗することができるものではない。ただし、後述のごとく、

わが憲法の自由権にも少数であるが、法律に対抗することを得る（135～136頁）。

（iii）信教の自由

金森が法律に対抗しうる憲法上の自由権とするのは、おそらく「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限り於テ信教ノ自由ヲ有ス」と規定した憲法第28条であると思われる。

金森によれば、憲法第28条が保障する「信教の自由」とは、国家が直接または間接に各人の宗教の信仰について強制しないことを意味する。そして、この自由のなかには「宗教選択の自由」、「改宗の自由」、「無宗教の自由」そして「礼拝の自由」が含まれる。「礼拝の自由」には、自ら欲する礼拝をなしうることと自己の欲しない礼拝を強制されないことの両者が含まれる。

そもそも信教は、それがもつぱら精神内部の信仰の作用たるにとどまる間は、国法の干渉すべき性質のもではなく、もとより全く自由なものとして認められるべきであるが、しかし、それが外部に行為として現れる場合には少なからず共同生活に関係するところから、かかる行為に対し「適当な制限」が加わるのは止むをえない。すなわち、もし安寧秩序を妨げまたは臣民たるの義務に背く場合においては、その自由もまた制限を受けることがありうる。そして、この自由は、他の自由権とは異なり、「法律を以て制限すると限らず命令を以ても亦之を制限することを得」。しかしながら、その制限は上記の条件の場合に限定される。従って、例えば「単に積極的に臣民の幸福を増進せしむが為に特定の宗教の信仰を強制することを得ざるなり」（151～152頁）。

こう述べたうえで、金森は、宗教の特性に説き及ぶ。人には宗教的感情があり、そして、人の世には宗教的形式がある。そして、宗教は、その性質上、人が感覚または経験を超越した、人類以外の実在を信ずるものであるところからして、その「正邪優劣を理を以て決定すること」は容易でない。また、かりにこれを決定するとしても、その決定に各人を従わせることもまた容易ではない。こうして、宗教は、一方で「理知を以て臨み易からざる性質を有する」とともに他方で「人心の機微」に接する。「天地の広大なる、知識は暗中の一点火の如くにして多く依頼するに足らず。されば何とは知らず自己よりも大なる実在に憑依する感情

が躍動すること多きは自然の勢なり」。このように宗教の勢力は社会的にきわめて強大であって、しかもその傾向によっては時として多大の害悪を生ずることもある。ヨーロッパの歴史を見ると、古来、宗教が政治上の紛争を引き起こしたことも稀ではない。「英雄の興亡、民族の衰移は多く宗教の為の流血を以て飾られたり」(152頁)。

以上のような宗教の特性から、諸国は、これまで宗教政策に意を用いてきた。その政策は次の三種に大別することができる。(a)政教一致制、(b)公認教制、(c)政教分離制がそれである。(a)の政教一致制は、政治と宗教とが同一の支配者によって主宰される制度であり、それには(x)宗教を主要な地位に置く教国制と(y)政治を主要な地位に置く国教制の二つがある。しかし、何れもいまの文明国では行われ得ない。(b)の公認教制は国家がとくにある宗教を公認してこれに保護を与えるものの、他の宗教の存在ももとより容認する制度であり、イギリスがその例である。(c)の政教分離制は、国家が宗教に対して原則として干渉または特殊な保護をなすことなく、ただ公共の安寧秩序と相容れない場合のみ、制限を加えるに過ぎない制度である。アメリカ合衆国の制度がその例である。わが憲法で認められた信仰の自由は、政教一致の制度(上記(i))を除く他の二制(上記(b)(c))と矛盾しない。そして、我が国の現在の実情は(c)の政教分離制に近い(153頁)。

上記・末尾の記述から、金森は、たとえば官立学校における宗教教育や生徒・学生の神社参拝の強制等を憲法第28条の保障する信教の自由に反するものと理解していたことが読みとれる。英法専攻の面目躍如たるものがある。

4) 裁判所の法令審査について

(1) 司法と裁判

金森によれば、憲法第57条の「司法権」とは「民事刑事の裁判を行う権限」を意味する。「司法」について、法を適用して特定の事項につき法律関係を決定すると理解するのは広すぎる。けだし、行政官庁の行う行政処分もその大部分は特定の事項に対する法の適用であるからである(252頁)。

また、裁判とは、抽象的の法規を具体的の事実に適用し、その具体的の事実に関する具体的法律関係を確定する国家権力の作用であり、その権力作用に着目するものである。法規の適用により法律関係を確定することは行政の領域においても多数存在し、そうした行政の権力作用を裁判とは云わない。裁判は、裁判機関の分離もしくは裁判手続の発達等によって「独立の一体」としてその法規の適用がなされるものである。したがって、裁判以外の法規の適用との差異は、程度の差に過ぎず、両者の間に本質上の区別は存在しない(252～253頁)。

もとより上記のごとく、司法権を民事刑事の裁判に限定するのは、ヨーロッパ大陸の立憲制度の沿革に基づくものである。すなわち、そこでの三権分立思想は、民事刑事の裁判を行政権と区別し、裁判機関の独立性を確保する趣旨に出たものであり、その結果、憲法上の機関として裁判所に関する特定の規定が設けられているのである。イギリスの裁判所は行政訴訟をも裁判する点において大陸のそれとは異なる。わが憲法の「司法」の語が行政訴訟を含まないのは、上記・大陸法を範型とした沿革上の理由のほか、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」とする憲法第62条からしても明らかである(p.253)。

(2) 裁判所の法令審査権

そもそも裁判所は法を適用することがその職責である。そして、法の本質は抽象的の規則であり、五感に触れる形式を有するものではないが、成文法にあってはその法の淵源は成文の形式を採る。この場合、ある抽象的規則が有効に存在するか否かを明らかにするには、その規則の淵源である成文が有効に成立したか否かを調査する必要がある。それゆえ、裁判所が法を適用する場合には、その淵源である法律命令の効力を審査する必要がある。こうして、裁判所はいかなる範囲において法令の有効無効を審査すべきかという問題が生ずることになる。

すなわち、裁判官は法を適用するのであって、法に非ざるものを適用するわけにはいかない。そして、有効な法の存在は客観的事実であり、「独り裁判官に取りて相対的に有効又は無効なる法あるべき理由なし」。

したがって、法令の有効無効を審査するは、裁判官だけに限定する理由はなく、また裁判官と其の他の者とに於いてその結論を異にするを認める理由はない。要するに、裁判官は客観的に有効な法を適用すべきである（264頁）。

（3）法令の形式と実質

そこで、法律命令の有効無効を審査するには、まずその形式的方面と実質的方面とに分けて考えるのが便宜である。そして、法令の形式は、さらにその制定の形式と公布の形式とに分けて考えることができる。たとえば法律については、その制定には帝国議会の協賛を経て天皇がこれを裁可し国務大臣の副署の存することが必要であり、公布については公式令の定める形式を具えて官報に掲載されることが要請される。これらの形式が整っている場合は問題ないが、もし、それらの形式のどこかに不備があれば、「果して其の法が有効なりや否やの問題を生ず」。

他方、法令の実質はまったく自由なものではなく、憲法によって拘束されて種々の制限を受ける。たとえば、議員の院内における表決について院外において刑罰を科するような、憲法第52条と合致しない実質を有する法令を設けることはできない。また、憲法第9条の命令によって法律を変更することは許されない。これらの制限に反しない法令については問題ないが、もし、これら制限に反する点がある場合には、その法令が有効か否かの問題が生ずることになる（264～265頁）。

（4）形式上の違法

（i）副署のない法律勅令の効力

憲法第55条第2項によれば、国務に関する法律勅令は必ず国務大臣の副署を必要とする。したがって、副署を欠く法律勅令は「違式」である。しかしながら、そのために効力がないか否かの点については明文に規定はない。とはいえ、副署は憲法上及び立憲制度上の重大なる価値を有する形式事項であることを考えれば、国務に関する法律勅令としての効力はないものと解すべきである。

（ii）議会の協賛を経ない法律の効力

議会の協賛が法律成立に不可欠の条件であることは、憲法第37条によ

り明らかである。したがって、議会の協賛を経ない法律はその効力が生ずることはない。それゆえ、法律が有効か否かを決するために、議会の協賛があったか否かを調査するのは正当である。裁判官がこれを調査することはできないとする者があるが、理由なし。ただ、どのような場合において協賛があったとするかは「一の重大なる問題」であり、議決方法その他に多少の違法があったとしても「必ずしも直ちに協賛なきものと云うを得ざるべし」。

(iii) 枢密顧問の諮詢を欠く法令

枢密院官制第6条によって枢密顧問の諮詢を経るを通常とする法令について、その諮詢を経ないものも効力に影響はないと解す。けだし、諮詢は憲法上絶対必要の要件ではないからである。かりに必要だとしても、それは参考のために意見を進言するに止まるものであり、その意思表示の内容に重大なる効果があるものではないからである(265～266頁)。

(5) 実質上の違法

法律命令は憲法を改廃することができない。しかしながら、憲法の性質は国家組織の根本法を定めるものであるがゆえに、憲法は法律命令よりもその形式的効力が強いということではない。現にイギリスの憲法的規定は通常法律によって改廃されうるからである。憲法の効力が法律命令よりもその効力が強いと云うは、その憲法自身の定めるところによって推論するほかない。わが憲法は硬性憲法であって、その改正には特別に慎重な手続を経ることを要し、その廃止はこれを認めていない。したがって、いまもし法律命令によってこの憲法を廃止変更しうものとするれば、硬性憲法としての実質はなんら意味をなさないものとなる。それゆえ、法律命令をもってしてはわが憲法を改廃することはできないのである。

他方、わが憲法上なんらの制限も付されていないことからして、憲法を以て法律命令の規定しうる事項を自ら規定することはまったく支障がない。そして、法律命令の形式及び効力は憲法に由来するものであり、憲法はこれらのものと憲法との効力の関係を別に定めていないことを見れば、憲法をもって法律命令を改廃しえないと解することはできない。したがって、憲法をもって法律命令を改廃しうると解す(68～69頁)。

法律命令について、それが憲法に違反する実質を有するものはその範囲に於いては効力を有し得ないことは、上記法律命令と憲法との形式的効力の差異により明らかである。したがって、裁判官もまた、法律命令の適用に際して、それが憲法に抵触していないか否かを識別し、その効力を決すべきは当然である。命令については反対説は殆どないが、法律については有力な反対説がある。その理由は、上記の如く裁判官が法律を審査し得ると解するならば、司法権を以て立法権を害する結果を生じ、三権分立の趣旨に反するとなすものである。しかしながら、その法律審査は、司法権が法律を廃止変更するのではなく、裁判において無効の法律を適用しないだけであり、したがって、決して権力分立の趣旨を害するものではない(266～267頁)。

オーストリアの憲法は「裁判所は正当に公布したる法律の効力を審査する権を有せず」と明記しているので、わが憲法とその解釈は異なる。また、フランス・ベルギー等においては「議会の以て権力の中心として議会の決する所は裁判所も亦之に依らざるべからず」とするがゆえに、そこでの学説は一般に法律の審査権を認めない。しかし、それはわが国と憲法体制を異にするものであり、わが憲法の解釈に直結するものではない。他方、アメリカ合衆国、メキシコ及び南米の諸国においては裁判官は憲法に反する法律を無効だ判断して適用しないものとする(267～268頁)。

むすびにかえて

とりあえず、以下のことを指摘しておきたい。

まず金森が、1946年9月23日開催の第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会(以下「貴院特別委」)における答弁において、裁判所の「法律審査」権(現憲法第81条)に対して提示された主要な批判を取り上げ、大要、次のように応答していることとの関連である。

第1に、裁判所に法律審査の権能を与えることは三権分立の趣旨に違反するとの指摘に対して、「若し三権分立と云うことを、固定したる三つの権能が全然縄張りを異にすると云う立場を執る」なら、そうした批判の余地もあるが、しかし、三権分立には「自ら一定の幅」があり、「諸

国必ずしも一つの原理に拠って居ない」し、また「それにこだわるべき憲法上の要請もない訳」であるから、それぞれの憲法が適宜、妥当な定めを置けばよい、とした金森の答弁である。戦前のわが裁判所の解釈に従って、今回の制度を理解するならば、「憲法に違反した法律が出来ましても、それは国民に対して規範力を持って来ることになる」が、しかし、それは新憲法の「精神には合わない」。それゆえ、「今回の草案に於きましては、法律と憲法との二つが相背馳するならば、憲法に拠ると云う原則を最高裁判所を通して、はっきりさせるやうにしなければならぬ」ということで、「裁判所に左様な解釈権がある」とするのである。

第2に、裁判所による法律審査は、立法機関たる国会を「国権の最高機関」とする憲法に違反するのではないかとの主張について、金森は、そもそも「憲法は各条文が相対立して、お互いに連絡して解釈されるものである」からして、国会が「国権の最高機関」であっても、「それに特別な規定として、又此の憲法が最高裁判所の〔法律審査〕権限を決めますれば、ものの道理に於いて差し支はない、憲法違反と云うようなことは起こって来ない」とする。しかも、その審査権限は、「裁判に必要な範囲に於いて、其の法律の解釈を決定するのでありますから、唯議会の権能を正面から破壊するのでは」ないとし、上記・批判も当たらないとしている。

こうした金森の応答は、英法研究から修得した法解釈の技法、そして要綱で展開していた権力分立・法令審査に関する彼の理解からすれば、ごく自然に導き出しようところであったと言えるのではなからうか。

金森は、また、個人と団体（全体）との関係について、「人類は「個人」として存在すると同時に「団体」としての存在する。それゆえ、単に「個人本位の生存」を以て「人類究極の本義」と考えること、また、「団体本位の生存」を「人類究極の本義」と考えることの何れも誤りであって、人類は「団体及び個人の調和的生存」を以て究極の本義と為すものと考えるのが相当である」（上記2）（1）（iii）参照）との理解を示している。この理解との関連で、憲法第13条の「公共の福祉」に関する次の議会答弁（1946年9月16日貴院特別委）が注目に値する。「この憲法の建前が、第一義的に国民の一人一人と云うものの人格の尊重と云うことを眼目として居ります。併しながらそれは一人一人の人格のみが尊重せられるべ

しと云う訳ではなくて、国民全般の各々の人格が尊重せれるべしと云うことに当然なろうと思います。そうすると……各個人の権利を大事に致しますれば、各個人の集積である所の国民全般の利益と言いますか、或はその本来主張せむとする所と云うものと打突かって来る場面が起こって来ると思って居ります」。この「打突か[り]」場面において「個人」と「全体」の「調整」をはかるのが「公共の福祉」だとするのである。そこでは、要綱における「個人」と「団体」について原理的考察が「公共の福祉」の理解に生かされていると言えるであろう。

さらに、金森が、法律家として、明治憲法1条および4条に明記されている法的意味での「国体」は改正憲法によって変わったと云わなければならぬが（9月26日貴院特別委）、天皇を憧れの中心とし、それを基礎にわが国が成り立っている、という国民の一般心理において「わが国体」に些かの変化もないとする（9月6日貴院特別委）としていることとの関連についてである。もとより、これは法律論を超えた政治論であるが、要綱に即した金森の理解としては、時代的に制約された実定制度（明治憲法第1条、第4条）に過ぎないものを「国家の本質」と考えてしまったことによるものだ、という反省の弁になる（高見「解説」著作集I 337頁参照）。こうした対応の柔軟さの、次のような金森の解釈手法とも無縁ではないであろう。「国家は人類の本性に基づく団体にして各個人と推感会通ずることを得るものなるを以て立法者たる国家の意思は各人が其の迷うことなき本来の靈能に依り判断し得ざる理由なし。従って其の解釈の方法にも特別の制限あることなく、吾人が国家の意思を察するに適当なりとする一切の方法を用ふべきものなり」（通論91～91頁）。この手法は、若き金森が英法を学ぶなかで自ずと身につけたものではなかろうか。